



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, cuatro (04) de junio del año dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicación N°: 15238 33 33 002 **2018 00053 00**
Demandante: María Yaneth García Forero
Demandado: Nación -Min. Educación – FOMAG

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho¹ decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, mediante sentencia en primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la señora MARÍA YANETH GARCÍA FORERO solicita que se declare la nulidad del acto ficto o presunto derivado de la falta de respuesta a la petición radicada el 10 de Junio de 2015, en la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías definitivas (sic) reconocidas por FOMAG mediante Resolución 001707 del 26 de marzo de 2014.

Como consecuencia, solicita que se condene a la demandada al reconocimiento y pago indexado de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía parcial reconocida, se paguen intereses de mora, como señala los artículos 187 y 192 del CPACA y se condene en costas y agencias en derecho (*fls.03; Arch.01*).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos (*fl.4; Arch. 01*) que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente forma:

Señala la demanda que por medio de la petición radicada el 13 de Febrero de 2014, la señora María Yaneth García Forero solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, petición que fue resuelta por la Secretaría de Educación de Boyacá por medio de la Resolución N° 001707 del 26 de Marzo de 2014.

Agrega que el pago se efectuó el 28 de Enero de 2015 e indica que mediante escrito radicado el 10 de Junio de 2015 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, petición que no fue resuelta por el FOMAG.

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

De orden constitucional: Los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 29 y 53 de la Constitución Política.

De orden Legal: La Ley 1071 de 2006 Art. 4 y 5.

Manifiesta que conforme a las normas antes mencionadas y la documentación aportada es evidente que se transgredió el orden legal al no cumplir con los términos establecidos en los Art. 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006 para el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria, por lo que la misma debe ser liquidada a favor de la docente demandante sobre el salario devengado al momento de la causación.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Nación- Ministerio de Educación Nacional** no contestó la demanda.

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada en la Oficina de reparto del Circuito Judicial de Duitama el 05 de Diciembre de 2018 (*Archivo 03*) y le correspondió al Juzgado Segundo Administrativo, quien por auto del 14 de Marzo de 2019 lo remitió por competencia territorial (*fl.21; Arch.03*).

El 09 de Abril del 2019 se recibió en la Oficina de Reparto del Circuito Judicial de Sogamoso la demanda de la referencia, y a través de proveído del 29 de Abril de 2019 fue admitida por este Despacho Judicial (*Archivo 04*). Mediante auto del 16 de Septiembre de 2019 (*fl.02; Arch 07*) se fijó fecha para audiencia inicial, diligencia que se realizó el 29 de Enero de 2020 (*fls.4-11; arch.07*), en cuyo marco se evacuaron las etapas señaladas en el artículo 180 del CPACA y de oficio con base en el artículo 213 *ibídem* se decretaron pruebas.

Por auto del 13 de julio de 2020 (*Archivo 10*) se sugirió a las partes que soliciten al Despacho dictar sentencia anticipada, respecto del cual se pronunciaron las partes, sin embargo quien manifestó apoderar a FOMAG, no allegó poder, pese a que el Despacho requirió por auto del 10 de agosto de 2020 (*Archivo 16*).

Por auto del 21 de septiembre de 2020 (*archivo 20*) se fijó el 20 de enero de 2021 para realizar audiencia de pruebas, como en efecto ocurrió (*Arch.26*), en desarrollo de la misma se incorporaron las pruebas decretadas, se ordenó requerir a la FIDUPREVISORA S.A., se dispuso cerrar la etapa probatoria, prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, correr traslado para presentar alegatos de conclusión y para que el Ministerio Publico rindiera concepto.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante dentro del término establecido presenta alegatos de conclusión (*Archivo 28*) en los que ratifica los argumentos contentivos en la demanda y expone que en reciente sentencia el Tribunal Administrativo de Boyacá recordó que atendiendo a que la Ley 91 de 1989 solo estipula los regímenes de cesantías aplicables a los docentes y no contempla la sanción moratoria por el pago tardío de las mismas, se presentaron diversos criterios sobre la aplicación o no al personal docente de las normas generales que la establecen, no existiendo por tanto uniformidad frente al tema. No obstante esta discusión fue zanjada por el Consejo

de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, proferida dentro del proceso radicado No. 73001-23-33-000-201400580-01 (N.I. 4961-2015), en la que preciso que los docentes pueden tener derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, conforme lo establece el régimen general.

Indica que bajo ese entendido, el Tribunal resaltó que actualmente no hay duda de que el personal docente puede tener derecho a la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías en aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, puesto pertenecen a la categoría de servidores públicos del artículo 123 de la Constitución Política. Con base en los planteamientos que anteceden, solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda..

La apoderada de la **Nación - Ministerio de Educación – FOMAG** presenta alegaciones finales (*Arch. 27*) en los que ratifica que deben ser desestimadas las pretensiones de la parte actora aduciendo que para el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del FOMAG, tiene establecido un procedimiento administrativo especial contenido en las leyes 91 de 1989, 962 de 2005, así como el Decreto 2831 de 2005, a favor de los educadores nacionales afiliados al mismo. Este régimen especial contempla términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías parciales o definitivas de los docentes, lo cual implica la participación de las entidades territoriales-Secretarías de Educación certificadas, al igual que la FIDUPREVISORA S.A. como vocera y administradora del fondo prestaciones Sociales del magisterio.

Indica que además de lo antes mencionado, aunque los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas se expidan por las Secretarías de Educación, ello no implica que el pago se deba hacer de manera inmediata pues esto se encuentra condicionado a turno y disponibilidad presupuestal, atendiendo al principio constitucional de legalidad del gasto público en virtud del cual *“no se puede hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gasto”*, e implica, que la disponibilidad presupuestal exista previa a la realización del gasto y además que sea suficiente al momento de hacer la erogación.

Aduce que en el caso que nos ocupa se observa en el plenario, en vista de que la resolución 1707 del 26 de marzo de 2014, fue expedida por la Secretaría de Educación con posterioridad al término previsto para la radicación y entrega de la solicitud de pago de cesantías que feneció el 06 de marzo de 2014, será dicho ente territorial el responsable por los días de tardanza presentados en la expedición del acto administrativo correspondiente, razón por la cual debe hacer parte dentro del contradictorio. Además en caso de existir mora, el conteo del término debe ser 70 días hábiles, y a partir del día hábil siguiente se causará la sanción moratoria, es decir desde el día 71; lo anterior teniendo presente que nos encontramos frente a un caso para el cual el término a aplicar es el establecido en el C.P.A.C.A.

Solicita al Despacho no acceder a las pretensiones de la demanda y consecuentemente en su lugar absolver a su la demandada de todas las declaraciones y condenas propuestas por la parte demandante.

El **Ministerio Público** rindió concepto (*Archivo 29*) indicando que las Altas Cortes en sentencias de unificación respecto del asunto objeto de litigio se han pronunciado de la siguiente manera:

Indica que en cuanto a la aplicación de las normas que regulan la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías (Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006) al régimen de los docentes oficiales, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia SU

336 de 2017, señaló que el régimen contenido en la ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006 sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a los servidores públicos es aplicable a los docentes oficiales.

Por su parte la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de fecha 18 de julio de 2018, expediente 73001233300020140058001, profirió sentencia de unificación jurisprudencial sobre la aplicación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías de que trata la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial.

Explica que está acreditado que la demandante MARÍA YANETH GARCÍA FORERO, ha laborado como docente al servicio de la educación pública, de conformidad con los documentos que obran en el proceso. Igualmente se demostró que mediante derecho de petición radicado bajo el No. 2014-CES-003649 del 13 de febrero de 2014, solicitó el pago de cesantías parciales para compra de vivienda, solicitud a la que se le ofreció respuesta a través de Resolución No. 001707 de 26 de marzo de 2014, la cual fue aclarada mediante la Resolución No. 5741 del 17 de septiembre de 2014.

Dice que reposa en el proceso recibo de pago de las aludidas cesantías emitido por el Banco BBVA y que a través de derecho de petición de fecha 10 de junio de 2015, la demandante solicitó a la entidad demandada el pago por concepto de SANCION MORATORIA, por la mora en el pago de las cesantías parciales.

Manifiesta que teniendo en cuenta los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos analizados, se puede concluir que la entidad accionada respondió en forma tardía la solicitud de cesantías elevada por la libelista, por tanto, la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento de cesantías, término que corresponde a 15 días para expedir la resolución, 10 para ejecutoria del acto y 45 para realizar el pago.

Precisa que no obra en el expediente certificación de la fecha en la cual fueron puestos a disposición de la demandante los dineros por concepto de las cesantías, por tanto se solicita que la sanción por mora (si hay lugar a reconocerla) se conceda hasta que los dineros por concepto de cesantías fueron puestos a disposición de la parte accionante, y si es del caso, solicita al Despacho, que, insista en el recaudo de la prueba decretada relacionada con requerir a la Fiduprevisora S.A para que certifique la fecha exacta en que fueron puestos a disposición de la libelista los dineros correspondientes a las cesantías mencionadas, o en su defecto, que se tenga como fecha de pago el 23 de enero de 2015 (observación registrada en el recibo de pago expedido por el BBVA).

Considera que en este caso operó el fenómeno prescriptivo trienal del derecho que regula el artículo 151 del Código de Procedimiento laboral, toda vez que la sanción moratoria comenzó a causarse el 29 de mayo de 2014, el pago se realizó el 28 de enero de 2015, en tanto que la petición en sede administrativa del reconocimiento y pago de esta indemnización se radicó el 10 de junio de 2015, petición que interrumpió por un término, por otro término igual, sin embargo, la demanda fue presentada hasta el día 05 de diciembre de 2018, de lo que se observa que el término para radicar la demanda venció el día 10 de junio de 2018.

Concluye que se configuró el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho, por tanto, no hay lugar a reconocimiento o pago alguno por concepto de sanción moratoria. En ese orden de ideas se considera deben denegarse las pretensiones de la demanda.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la señora MARÍA YANETH GARCÍA FORERO, tiene derecho al pago de la sanción moratoria por la presunta demora e incumplimiento de los términos señalados en la Ley 1072 de 2006 dentro del trámite administrativo de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías definitivas y en caso que le asista derecho, se debe analizar si se encuentra sometido al fenómeno de la prescripción.

9. CUESTIÓN PREVIA

Antes de abordar el análisis del presente asunto, se precisa que en relación con el Oficio N° 006638 del 18 de Junio de 2015 proferido por el Líder de la Oficina de Desarrollo de Personal / Prestaciones Sociales de la Secretaría de Educación de Boyacá (fl.13;Arch.02) a efectos de definir si es un acto administrativo pasible de control judicial.

El artículo 104 del CPACA dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para conocer de las controversias y los litigios originados entre otros, en los actos administrativos, dicha categoría se define genéricamente como *“aquellas manifestaciones, en ejercicio de la función administrativa, tendientes a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas determinadas. De igual forma, estas determinaciones pueden ser de carácter particular cuando resuelven una situación específica respecto de un sujeto determinado o general cuando sus efectos son abstractos por no decidir o resolver situaciones concretas”*²

Ahora bien, es del caso precisar que el Consejo de Estado ha clasificado los actos administrativos según su naturaleza, en actos de trámite, preparatorios, definitivos y de ejecución³, los primeros son aquellos que le dan celeridad o movimiento a la actuación administrativa, los segundos corresponden a los que contribuyen a formar el juicio o criterio de la administración para decidir la actuación⁴.

En cuanto a los actos definitivos, corresponden a los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar con la actuación, mientras que los últimos son los que dan cumplimiento a un acto particular y concreto o a una orden judicial, valga decir que esta clasificación encuentra su respaldo normativo en el Art. 75 del CPACA que refiere a la regla general de improcedencia de recursos frente a los mismos, salvo autorización legal expresa.

Acorde con la clasificación precedente, la alta Corporación⁵, definió, que no todos los actos administrativos son susceptibles de cuestionamiento por vía judicial, admitiendo que solo puede demandarse por vía de nulidad y restablecimiento del derecho, los actos administrativos definitivos. El Art. 43 *ídem*, establece que también son actos definitivos aquellos que impiden continuar con la actuación administrativa, es decir que pese a que tengan connotación de actos de trámite, son pasibles de control judicial.

Entonces, como en el oficio arriba mencionado, la Secretaría de Educación de Boyacá remitió por competencia la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria de la demandante, se colige que se trata de un acto de simple trámite, en la medida en que da impulso a la actuación, pero no la define el fondo

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, CP Ramiro Pazos Guerrero. Fecha 23 de agosto de 2019. Radicación número: 76001-23-33-000-2018-00495-01(62081)

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, CP Sandra Lisset Ibarra Vélez. Fecha 31 de mayo de 2018. Radicación número: 05001-23-33-000-2017-00616-01(4900-17)

⁴ Manual del acto administrativo. Luis Enrique Berrocal Guerrero. Pág. 327.

⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, CP Hugo Fernando Bastidas Barcenás. Fecha 11 de febrero de 2014. Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00120-02(18456)

En tales condiciones, se considera que el oficio referido no es un acto susceptible de cuestionamiento judicial y por lo mismo no hace parte de la proposición jurídica y tampoco es objeto estudio por parte de este Despacho.

10. MARCO NORMATIVO

Sanción moratoria

El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 *por la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995*, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación, estableció:

(...) Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo (...)

En concordancia con la norma transcrita, el artículo 5 *ídem*, reguló la sanción moratoria en los siguientes términos:

(...) Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este (...)

De lo anterior, se evidencia que el legislador le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, por ende, debe estudiarse cada caso en concreto, pues se debe analizar si se expidió el acto administrativo dentro del término legal, si fue expedido fuera de él, o si por el contrario no se expidió, ya que es de vital importancia establecer el momento en que se debe empezar a contabilizar los 45 días que señala la norma, para realizar el pago efectivo de la prestación.

Sanción moratoria de Docentes

Respecto de la aplicación de la sanción moratoria en el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales de los docentes, el H. Tribunal Administrativo de Boyacá en Sentencia del 11 de septiembre del 2018⁶, señaló

⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia del 11 de septiembre del 2018 proceso 150013333005-2015-00187-02, MP José Ascensión Fernández Osorio

“Por virtud de la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, del Consejo de Estado, es claro que los docentes son catalogados como empleados públicos y en esa medida son beneficiarios de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, a pesar de tener una norma especial relacionada con el trámite de solicitudes de prestaciones sociales para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues por virtud de la jerarquía normativa respecto de las norma dictadas por el Congreso de la República, en aplicación del mandato constitucional, como es el caso de la Ley 1071 de 2006 frente a las expedidas por el Presidente de la República en atención a la potestad reglamentaria, como sucedió con el Decreto 2831 de 2005, las primeras prevalecen sobre las segundas.”

Entonces los docentes son directos beneficiarios del pago de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías, dada su calidad de empleados públicos según se determinó en la sentencia de unificación del 18 de Julio de 2018 citada.

Pronunciamiento tardío de la administración

El legislador contempló la sanción por mora, en el evento en que el empleador realizara el pago de las cesantías más allá del término legal⁷. Al respecto, en sentencia de unificación del 18 de Julio de 2018, el Consejo de Estado, Sección Segunda, expediente No 73001-23-33-000-2014-00580-01 hace referencia a la naturaleza de la sanción moratoria en los siguientes términos:

*De este modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado igualmente ha caracterizado la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías como una **multa** a favor del trabajador y en contra del empleador estatuida con el objeto de reparar los daños causados al primero por el incumplimiento en el plazo para el pago, en los siguientes términos:*

*«La indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, como ya se anunció, es **una multa a cargo del empleador** y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la citada Ley.¹⁷²»*

Visto lo anterior, es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.

A su vez la referida sentencia establece las reglas unificadoras de interpretación respecto de la exigibilidad de la sanción moratoria ante la respuesta tardía de la entidad e indicó:

*(...) De conformidad con la exposición de las normas que contemplan el plazo para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas, y pese a que el parágrafo del artículo 5º, previó la sanción respecto del incumplimiento en el **pago**, más no en el reconocimiento de la prestación social, de acuerdo con la teleología del legislador, se establece que precisamente una de las razones por las cuales se contempló la penalidad fue en aras de establecer una limitación al defectuoso funcionamiento de la administración pública que debido a los procesos burocráticos y la corrupción posibilitaba cambiar el orden de radicación de las peticiones encaminadas al reconocimiento de la prestación social, aprovechándose de la urgencia del empleado para proveer sus necesidades básicas y de su familia⁸, o simplemente no emitiría el acto administrativo con el fin de que el plazo para la cancelación del valor no iniciase,*

⁷Ley 244 de 1995 “Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones” -subrogada por la Ley 1071 de 2006- regula en el art. 2º la sanción por mora, la cual se complementa con el artículo 1º que establece el término para el reconocimiento de las cesantías.

⁸ Gaceta del Congreso. Proyecto de Ley 38 de 1995. Senado de la República de Colombia

y por ende, se condicionaría la norma a la actuación de la entidad pública empleadora.(...)

(...) En criterio de la Sala, éste debe ser el real entendimiento de la sanción moratoria por no expedir el acto de reconocimiento en término, pues lo contrario sería asumir que la simple inacción de la administración impediría la causación de la penalidad analizada en esta sentencia, en detrimento de la filosofía de la cesantía y de los derechos del trabajador.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida **por fuera del término de ley**, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: **i)** 15 días para expedir la resolución; **ii)** 10 días de ejecutoria del acto; y **iii)** 45 días para efectuar el pago. (Negrilla del Despacho)

En este punto se debe aclarar, que los 10 días establecidos para la ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento de cesantías, obedece aquellos casos en que la petición es radicada bajo la vigencia del CPACA como dispone su artículo 76, el cual inicio a regir el día 2 de Julio de 2012 según su artículo 308, en caso que hubiere sido radicada antes, se contabilizan 5 días de ejecutoria según lo señalado en el artículo 51 del CCA, para un total de 65 días.

La precitada sentencia de unificación precisa que el salario base para calcular el monto de la sanción por el no pago oportuno de las cesantías definitivas, estará constituida por la asignación devengada para la fecha de finalización de la relación laboral o el vínculo contractual, por ser la fecha en que se hace exigible tal prestación social.

De la interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 en la sentencia de unificación en cita se colige que los docentes nacionales vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la norma vigente, es decir, el régimen de retroactividad, salvo que expresamente se acojan al régimen anualizado; y que a los docentes nacionales y a los vinculados después del 1° de enero de 1990, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es el régimen anualizado de cesantías.

El Consejo de Estado frente a la **prescripción** de la sanción moratoria⁹ señala:

(...) “los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios^{13]} a la prestación “cesantías”.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, CE SUJ 004 de 2016 Rad. 01800123-31-000-2011-00628-01 (0528-14), Luis Rafael Vergara Quintero

que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151" (...).

11. CASO CONCRETO

En este caso se encuentra probado que la docente MARÍA YANETH GARCÍA FORERO, aquí demandante, el día 13 de Febrero de 2014 con el radicado No. 2014-CES-003649 solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías parciales, tal como se observa en el desprendible de radicación (fl.9; Arch.08)

Lo anterior, además se corrobora en el cuerpo de la Resolución N° 001797 proferido el 26 de Marzo de 2014 por la Secretaría de Educación de Boyacá, a través de la cual reconoció las cesantías parciales a favor de la demandante por valor de \$23.712.765, descuento de \$10.000.000 por pago realizado con anterioridad, saldo a pagar \$13.712.765, acto que se notificó el 24 de Junio de 2014 (folios 1-6, Archivo 02 y folio 3-7 Arch.08).

Tomando en consideración lo anterior es claro que el acto inicial referido se expidió y se notificó excediendo el término previsto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 que dispone que éste, debe expedirse dentro de los 15 días siguientes a la radicación de la solicitud, los cuales vencieron el 06 de Marzo de 2014.

De otra parte, conforme a la sentencia de unificación que se refirió con anterioridad, el acto, por medio de la cual se decide sobre las cesantías parciales o definitivas tiene un término de ejecutoria de 10 días de conformidad con lo establecido en el Art. 76 del CPACA, los cuales en este caso culminaron el 20 de Marzo de 2014.

Ahora bien, se advierte que por medio de la Resolución N° 005741 del 17 de Septiembre de 2014 (fl.07 Archivo 02), la Secretaría de Educación de Boyacá, en representación de FOMAG, aclaró el parágrafo de la Resolución N° 001797 del 2014 en sentido que el monto a reconocer es de \$12.000.000, por requerimiento N°2014PQR36695 del 04 de Septiembre de 2014 de la Directora de Prestaciones Económicas de Fiduprevisora, que se basa en la hoja de revisión, documento que data del 11 de marzo de 2014 y cuya copia obra en el expediente (fl.8 Archivo 2) monto que así fue solicitado por la beneficiaria, como denotan los documentos aportados como requisitos y también el registro de la solicitud (fl.33 y 11 Archivo 02, respectivamente)

En este orden, la referida aclaración del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales, no es atribuible a la beneficiaria, sino a la entidad demandada en atención a que no efectuó en forma correcta la liquidación de la prestación a reconocer, por lo que no se suspenden los términos de la actuación administrativa, como tampoco la causación de la mora.

Una vez ejecutoriado el acto que reconoce el auxilio de cesantía parcial solicitada, a partir del día siguiente inició el conteo del término de 45 días hábiles para realizar el pago como establece el artículo 5 de la ley 1071 de 2006, por lo que el plazo expiró el día **28 de Mayo de 2014**, caso en el cual desde el día siguiente se empieza a causar y se hace exigible la sanción moratoria derivada del retardo en el pago de la prestación referida y hasta el día anterior al pago.

En el presente asunto, se observa que según consta en el comprobante de pago del Banco BBVA (fl.08 Archivo 02) los recursos destinados para el pago de sus cesantías parciales disposición de la demandante el 23 de enero de 2015 y el pago se efectuó el 28 de enero de 2015.

12. DE LAS EXCEPCIONES

El Despacho resolverá de oficio la excepción de **prescripción**, como lo solicita la Agente Delegada del Ministerio Público, al respecto en criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁰ la reclamación administrativa está sometida al fenómeno de la prescripción prevista en el art. 151 del C.P.L., esto es, que la reclamación del trabajador deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad de la obligación. De tal suerte que no resulta relevante para la contabilización del término trienal prescriptivo que se configure un acto ficto o presunto por aplicación de la ficción legal consagrada en el Art. 83 del C.P.A.C.A. recae en la parte actora la responsabilidad de hacer efectivo su derecho para que no se extinga.

En el caso que nos ocupa, se examinó que la sanción moratoria por pago tardío del auxilio de cesantías de la demandante, inició a causarse desde el 29 de mayo de 2014, por lo que la petición radicada el 10 de junio de 2015 (fls.6-7;Arch.03), con la cual solicita el reconocimiento de esa sanción, interrumpió el termino prescriptivo por un tiempo igual, lo que da lugar a que se contabilice nuevamente desde esa fecha por el mismo trienio que vencería el 10 de junio de 2018

En este orden, en consideración a que la demanda se radicó el 05 de diciembre de 2018, como denota el acta de reparto (Archivo 03), resulta claro que para entonces ya había ocurrido la prescripción extintiva de ese derecho laboral, acorde con el termino que fija el Código Sustantivo del Trabajo, que regenta el asunto, según sentencia de unificación del superior, la inercia e inactividad del actor en procurar la satisfacción de su derecho ante la administración, trajo consigo, la configuración de la prescripción de la sanción pretendida.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, se colige que el acto ficto derivado del silencio administrativo negativo producto de la falta de atención de la petición radicada el 10 de Junio de 2015 ante la Secretaría de Educación de Boyacá, por medio del cual se resolvió en forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales de la señora María Yaneth García Forero, se encuentra acorde con la normatividad, dado que no hay lugar a reconocer el derecho pretendido, puesto que el mismo se encuentra afectado por la prescripción extintiva, por lo que la excepción se encuentra probada.

13. CONDENA EN COSTAS

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará costas a la parte demandante, sujeto procesal vencido en la sentencia, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el Código General del Proceso.

Conforme al Acuerdo PSAA-16-10554 de 5 de agosto de 2016 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fija como agencias en derecho el 4% del valor de las pretensiones, estimadas en el acápite de la demanda denominado: “ESTIMACION RAZONADA DEL CUANTÍA” (fl. 6 archivo 02) por valor de \$23.567.538.

¹⁰ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B sentencia enero 24 de 2019, Rad. 4854-2014

14. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, *administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,*

FALLA:

Primero.- Declarar la existencia del acto ficto o presunto derivado de la petición 2018PQR8018 radicada el 10 de Junio de 2015 por MARÍA YANETH GARCÍA FORERO en la cual solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Segundo.- Declarar de oficio fundada la excepción de *prescripción extintiva* frente al derecho reclamado.

Tercero.- Negar las pretensiones de la demanda.

Cuarto.- Condenar en costas a la parte demandante, sujeto procesal vencido, las cuales se liquidan por Secretaria del Juzgado.

Quinto.- Fijar agencias en derecho en el equivalente al 4% del valor de las pretensiones estimadas en la demanda por valor de \$23.567.538 (*fl.6 archivo 02*)

Sexto.- Ejecutoriada esta providencia, devolver a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello y archívese el expediente dejando las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 002 ADMINISTRATIVO DE SOGAMOSO**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

8c8a6678aab17d2f27221286582d78c4d3649af9c13198dc8538508df32a0360

Documento generado en 04/06/2021 12:49:07 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**